

РАЗДЕЛ 1

Пробелы в праве:
эпистемологические традиции
и цифровая контекстуальность

Пробелы в праве как разновидность неопределенности права: постклассическая интерпретация

Неопределенность права в несколько расширительном смысле уместно трактовать как все виды «дефектов» права, включая пробелы в праве. Содержательно так понимаемая трактовка неопределенности определяется историческим и социокультурным контекстом. Следовательно, прежде чем вести речь о характеристиках неопределенности права, необходимо хотя бы в общих чертах разобраться с этим контекстом, в котором социальная неопределенность как сложность играет ключевую роль¹.

Неопределенность — одна из важнейших характеристик постсовременного мира. «Общество риска» или «текучая современность» — это «состояние незавершенности, неполноты и неопределенности, полное риска и тревоги...»². В результате трансформаций, которые произошли в обществе, именуемом постиндустриальным, информационным, индивидуализированным, «вторым или высоким модерном», по мнению

¹ Социальная сложность, по мнению итальянского политолога Д. Дзолы, связана с «ростом возможных вариантов выбора и большим количеством переменных, которые приходится учитывать субъектам в своих попытках разрешения проблем знания, адаптации и организации»; с взаимозависимостью переменных; «с нестабильностью или турбулентностью среды и тенденцией ее переменных меняться по быстрым или непредсказуемым траекториям». Эти черты сложности приводят к тому, что «субъекты, осознающие высокий уровень сложности среды, в которой они существуют, достигают состояния когнитивной циркулярности» (См.: Дзоло Д. Демократия и сложность: реалистический подход / пер. с англ. М., 2010. С. 30–31).

² См.: Бауман З. Текучая современность / пер. с англ. под ред. Ю. В. Асочакова. СПб., 2008. С. 70. В другом месте он метафорично пишет, что мы — пассажиры самолета, которые к своему ужасу обнаружили, что «кабина пилотов пуста и что нет никакой возможности добиться от загадочного черного ящика с надписью «автопилот» информации, куда самолет летит, где собирается приземлиться, кто выбирает аэропорт и существуют ли какие-либо правила, позволяющие пассажирам обеспечить безопасную посадку» (Там же. С. 66–67).

З. Баумана, произошла серьезная «встряска» фактического положения всех норм в «обществе бесконечных и неопределенных возможностей». То, что «вчера считалось нормальным и, таким образом, удовлетворительным, сегодня может вызывать беспокойство или даже считаться патологией, требующей лечения»³.

Можно согласиться с мнением ведущего британского философа и социолога, утверждающего: «Мы живем в мире универсальной гибкости, в условиях острой и бесперспективной ненадежности (*Unsicherheit*), пронизывающей все аспекты жизни индивидуума... Риск, повсеместная неустойчивость представляют собой «комбинированное переживание *ненадежности* (работы, имеющихся прав и средств к существованию), *неуверенности* (в их сохранении и будущей стабильности) и *отсутствия безопасности* (собственного тела, своего «Я» и их продолжений: имущества, соседей, всего сообщества)»⁴.

Рост научного знания, как это ни парадоксально, не приводит к большему контролю над миром. Как отмечает Э. Гидденс, «...тогда, когда требования разума вытесняли требования традиции, казалось, что они обеспечивают большее чувство уверенности, чем ранее существовавшие догмы. Но эта мысль представляется убедительной лишь до тех пор, пока мы не замечаем, что рефлексивность в действительности подрывает разум, во всяком случае там, где разум понимается как приобретение достоверного знания. Современность образуется в рамках и посредством рефлексивно применяемого знания, но приравнивание знания к достоверности оказалось неверно понятым. Мы заброшены в мир, который с начала и до конца образован посредством рефлексивно применяемых знаний. Но в котором мы никогда не можем быть уверены в том, что какой-либо данный элемент этого знания не будет пересмотрен... В науке ничто не достоверно и ничего не может быть доказано, даже если усилия науки обеспечивают нам самую надежную информацию о мире, на которую

³ Там же. С. 87.

⁴ Там же. С. 146, 173.

мы только можем надеяться. В самой сердцевине мира строгой науки спонтанно движется современность. Никакое знание в условиях современности не есть знание в старом смысле, где «знать» значит «знать достоверно». Это равным образом относится к естественным и к социальным наукам»⁵.

Сегодня, замечает З. Бауман, «ни о чем нельзя знать наверняка, а все известное может трактоваться по-разному, причем каждая из этих трактовок столь же хороша или плоха (или, разумеется, столь же переменчива или рискованна), как и любая другая»⁶. Поэтому сегодня нет ориентиров социального прогресса или даже социального управления вследствие непредсказуемости более или менее отдаленных последствий любого политического решения.

Сегодня «становится все менее и менее ясно, что должен предпринять этот институт для улучшения ситуации в мире, — даже если рассмотреть маловероятный случай, когда он способен сделать это. Все картины счастливого общества, нарисованные разными красками и множеством кистей за последние два столетия, оказались либо несбыточной мечтой, либо — если их воплощение в действительности и было объявлено — нежизнеспособными [конструкциями]. На практике оказалось, что любая [новая] форма социальной организации приносит столько же несчастий, сколько и счастья, если не больше... Если идея прогресса в нынешней ее форме выглядит столь незнакомой, что возникает вопрос, существует ли он вообще, то это потому, что прогресс, как и многие другие параметры современной жизни, был дерегулирован и приватизирован. Он дерегулирован — поскольку вопрос о том, означает ли каждый конкретный элемент новизны какое-либо улучшение, всегда остается без ответа и вызывает споры даже после того как выбор уже сделан. И он приватизирован поскольку принадлежит каждому отдельному человеку, от которого ждут, что он индивидуально

⁵ Гидденс Э. Последствия современности / пер. с англ. Г. К. Ольховикова; науч. ред., авт. вступ. ст. Т. А. Дмитриев. М., 2011. С. 156–157.

⁶ Бауман З. Индивидуализированное общество / пер. с англ. под ред. В. Л. Иноземцева. М., 2002. С. 109.

воспользуется своим умом, ресурсами и трудолюбием, чтобы добиться для себя более удовлетворительных условий жизни, оставляя в прошлом то, что ему не по нраву»⁷.

Можно и дальше продолжать социально-философские рассуждения о царящей в постсовременном мире неопределенности, однако пора переходить к этому сложному, амби- или поливалентному феномену⁸ в праве. Право вместе с другими нормативными системами призвано снижать неопределенность в обществе. Однако право и правовая реальность в постсовременном мире также подвержены неопределенности.

В классической позитивистской юриспруденции неопределенность в основном отождествляется с «дефектами» формального закрепления норм права. Так, А. Барак выводит неизбежность и необходимость судебного усмотрения в сложных делах из неопределенности языка «статутного права»⁹, из принципов права, которые «не снабжены списком ситуаций для применения в будущем»¹⁰; из закрепления в нормах права политики или стандартов, включающих моральные суждения о поведении, социальные цели¹¹; из неопределенности в правилах толкования, в том числе в отношении обстоятельств применения правил

⁷ Там же. С. 141–142.

⁸ Известный немецкий антрополог К. Вульф считает неопределенность условием человеческой жизни, отмечая, что «человеческая жизнь открыта для будущего, контингентна и потому принципиально непредсказуема. ... Возможность самостоятельно принимать решения делает неопределенность предпосылкой человеческого существования — *conditio humana*. ... Неопределенность является определяющим элементом культуры» (См.: Вульф К. Вместо предисловия: Неопределенность как условие человеческой жизни // Неопределенность как вызов. Медиа. Антропология. Эстетика: коллективная монография // под ред. Кристофа Вульфа и Валерия Савчука. СПб., 2013. С. 5–6).

⁹ Язык статута, выражающийся на «языке человеческих существ», «временами двусмыслен, неопределен, туманен и не специализирован. Такие выражения, как «разумный» «небрежный», «добросовестность», «транспортное средство» и тысячи других, заполняют книги статутов. Это выражения, имеющие множество значений. В результате содержание правовой нормы не всегда порождает только одну возможность» (См.: Барак А. Судейское усмотрение // пер. с англ. М., 1999. С. 64).

¹⁰ Там же. С. 68–69.

¹¹ Там же. С. 70–73.

толкования и их содержания («замысла законодателя»)¹²; из конфликта социальных ценностей¹³.

Конституционный Суд Российской Федерации указывает, что «под пробельностью регулирования понимается формальное отсутствие регулирования общественных отношений, нуждающихся в этом с точки зрения требований защиты конституционных ценностей и реализации конституционных принципов, включая неурегулированность отдельных материальных либо процедурных компонентов в структуре моделируемого нормой правоотношения, либо фактическое отсутствие должного, т. е. обеспечивающего эффективное нормативное упорядочение соответствующих отношений, регулирования. К такого рода дефектам, в частности, относится отсутствие правозащитных механизмов, нормативно установленных и позволяющих своевременно отстаивать данные права. Это имеет место при таких обстоятельствах, когда, например, введение определенных правоограничений не подкрепляется установлением для соответствующих законоположений переходных положений, когда не учитываются особенности развития отдельных правоотношений во времени (отсутствуют сокращенные сроки обжалования и рассмотрения дел) и т. п. В целом недостаточность отраслевого регулирования, порождаемая данной группой дефектов, несет в себе ощутимые угрозы конституционным ценностям и конституционным принципам.

Под неопределенностью регулирования понимаются такие недостатки нормотворчества, как размытость терминологии, нечеткость правореализационных механизмов, в том числе финансовых гарантий, создающие предпосылки для устанавливаемых решениями Конституционного Суда нарушений конституционной законности. Допускаемые законодателем отступления от принципа правовой определенности, расплывчатость используемых в законах понятий и определений, очевидная избыточность юридико-технической эксплуатации

¹² Там же. С. 74–85.

¹³ Там же. С. 85–95.

относительно определенных категорий также подрывают единство правоприменения. От точности терминов, которыми оперирует законодатель, не в последнюю очередь зависит адекватное понимание, толкование и реализация законодательного акта в конституционном смысле. Между тем многие законы, подвергнутые конституционной проверке, нуждаются в конкретизации, детализации, а иногда и в коренном обновлении используемых в них понятий. В то же время одной из причин неопределенности регулирования являются дефекты темпоральности, нарушающие принципы действия правовых норм во времени (например, введение правоограничительных мер без установления срока их действия либо бессрочно). К существенным изъянам оспариваемых в Конституционном Суде законодательных актов принадлежит неопределенность возлагаемых на субъектов правоотношений обязанностей (имеющая место нередко в сочетании с неопределенностью распределения между ними ответственности), в частности, при регламентации финансирования социальных обязательств. Допуская противоречивое истолкование и произвольное применение соответствующих норм, подобные дефекты ослабляют нормативную упорядоченность значимых с точки зрения поддержания конституционной законности общественных отношений и их отдельных компонентов. Неопределенность содержания правовой нормы, допуская возможность неограниченного усмотрения в процессе правоприменения, может приводить к произволу, а значит, к нарушению не только принципов равенства и верховенства закона, но и установленных статьями 45 и 46 (части 1 и 2) Конституции Российской Федерации гарантий государственной, включая судебную, защиты прав, свобод и законных интересов граждан.

Под несогласованностью регулирования понимаются иные вызванные недостаточной юридико-технической проработкой дефекты нормотворчества, не относящиеся к первым двум группам и порождающие противоречия между нормами одной отрасли (внутренняя несогласованность) либо между нормами, принадлежащими к разным отраслям (внешняя несогласованность). Одним из наиболее частых примеров

несогласованности регулирования является закрепление в законодательстве произвольных критериев дифференциации, влекущих необоснованные различия в правовом статусе принадлежащих к одной и той же категории субъектов и сообщающих нормативному регулированию признаки дискриминационности. Использование сугубо формальных критериев дифференциации, приобретающих в правоприменительной практике характер препятствия в реализации прав граждан, создает необоснованные различия между лицами, фактически относящимися к одной категории (например, при оказании мер социальной поддержки). В других случаях к несогласованности нормативного регулирования ведет необоснованная либо, напротив, недостаточная дифференциация мер юридической ответственности. В частности, повышение размеров административных наказаний осуществляется без развития способов, позволяющих индивидуализировать наказание: введения правил о назначении наказания ниже низшего предела санкции соответствующей охранительной нормы, введения квалифицированных составов правонарушений и т. п. В целом несогласованность законоположений внутри одного и того же нормативного акта, конфликт между нормами, принадлежащими к различным отраслям права, противоречия между общими и специальными нормами открывают простор для неоднозначного толкования и, следовательно, произвольного применения правовых норм»¹⁴.

В уголовном праве, как считает В. Ф. Щепельков, «выделяют, по крайней мере, два вида формально-логических «неудобств»: противоречие и неполнота. Под противоречием понимают необходимость принятия двух и более исключających друг друга решений, под неполнотой — отсутствие необходимого правила, что можно интерпретировать

¹⁴ Информация «Конституционно-правовые аспекты совершенствования нормотворческой деятельности (на основе решений Конституционного Суда Российской Федерации 2013–2015 годов)» (одобрено решением Конституционного Суда РФ от 23.06.2016) // КонсультантПлюс. Как видно, Конституционный Суд Российской Федерации связывает формальные дефекты права (законодательства) с правоприменением и акцентирует внимание не только на формальных моментах неопределенности права, но и на содержательных.

как противоречие между необходимостью решения и реальным отсутствием такового»¹⁵. В данном случае пробел в праве охватывает так понимаемую «неполноту».

Пробел в праве традиционно определяется как отсутствие «некоего положения законодателя» при «существующем желании включить это положение в закон»¹⁶. Однако, как говорил выдающийся немецкий цивилист Э. Цительман, так понимаемые пробелы трактуются слишком расширительно, так как не существует «произведения, которое одинаково удовлетворяло бы всех», а также «по причине несовершенства человеческих способностей». «Настоящие пробелы» — это «пробелы в отношении правоприменения в том смысле, что позитивное право не предоставляет решения для любого рассматриваемого случая и что из позитивного права нельзя извлечь ответ на любой поставленный вопрос»¹⁷.

Очевидно, что всегда существует не урегулированная законодательством область общественных отношений и, по большому счету, закон не должен пытаться регулировать все, если для этой области более пригодны другие виды социальных норм. Э. Цительман ведет речь «только о тех случаях, когда закон внутри своих задач так, как он сам себе их поставил, допускает пробелы, т. е. о пробелах внутри права, а не о границах, которые правопорядок провел сам для себя. То, что даже в этой более узкой области пробелы при правоприменении неизбежно возникают, является общепризнанным, но малоприятным»¹⁸. Так понимаемые пробелы — это «бедность теоретического мышления по сравнению с богатством реальности: никогда не будет такого, чтобы вся полнота жизни со всеми теми вопросами к праву, которые она задает, была втиснута в краткие параграфы кодекса; в жизни вновь и вновь возникают

¹⁵ Щепельков В. Ф. Уголовный закон: преодоление противоречия и неполноты. М., 2003. С. 9.

¹⁶ Цительман Э. Пробелы в праве (Речь, произнесенная при вступлении в должность ректора Рейнского университета им. Фридриха Вильгельма в Бонне 18 октября 1902 г.) // Российский ежегодник теории права. 2010. № 3. С. 612–613.

¹⁷ Там же. С. 613.

¹⁸ Там же. С. 614.

такие случаи, о которых законодатель заранее не мог и подумать»¹⁹. При этом, утверждает Э. Цительман, «обычно в случаях, когда говорят о пробелах, на самом деле речь идет о том, что в законе отсутствуют исключаящие из общих правил правовые предписания для особых ситуаций. Заполнение пробелов означает, что судья ради особых случаев переступает через общее правило, находит для них новую норму, чаще всего развивая положения, уже существующих специальных предписаний. ... Но существуют и подлинные пробелы, пробелы в том смысле, что закон так и не дал ответа; принять решение совершенно невозможно, а оно должно быть принято. Вот случай такого истинного пробела: закон дает некую позитивную норму, в соответствии с которой следует принимать решение, но внутри этой нормы оставляет неопределенным один единственный момент; иначе говоря, воля закона о том, что поведение определенного рода имеет правовое значение, установлена, но внутри этой рамки существуют несколько возможностей, и закон не говорит, какую из них он предпочитает. ... При настоящих пробелах отсутствуют даже приблизительные абстрактные правила для подобных случаев еще до того, как будут приняты во внимание индивидуальные обстоятельства именно этого казуса»²⁰.

К пробелам права (законодательства) относят также нечеткость определения какого-либо понятия, используемого в законе. «Родственный вид пробелов возникает тогда, когда закон использует какое-то понятие, не дав ему четкого определения. И здесь закон исходит из того, что это понятие имеет четкое содержание, хотя его еще только предстоит узнать, так что квалификация, соответствующая этому понятию, может быть квалифицирована как соответствующая праву или противоречащая ему. Возможно, что здесь молчаливо указывается на то, что более подробно содержание понятия раскрывается в других науках или в словоупотреблении повседневной жизни. Но об этом источники умалчивают. И только по меньшей мере не из юриспруденции происходящие

¹⁹ Там же. С. 615–616.

²⁰ Там же. С. 623–625.

понятия продуманны совершенно до конца (почти таковы только математические понятия). Так что квалификация никогда не оставляет места для сомнения. Так, судья обязан судить не по какому-то «свободному усмотрению» в том смысле, что каждое принятое им решение соответствует праву. Скорее, здесь имеется представление, которое лежит в основании наших законов, о том, что четкое понятие существует и судья лишь должен его найти. Поэтому каждая квалификация уязвима при пересмотре в вышестоящих инстанциях. Мы имеем таким образом пробел закона в смысле нехватки определенности. Большая часть нашей юриспруденции трудится над задачей более четко определить содержания понятий. Примером могли бы послужить понятия оскорбления, документа, непреодолимой силы, железнодорожного предприятия»²¹.

Однако не все согласны с пробельностью права. Так, Г. Кельзен, отрицая существование пробелов в праве, тем не менее пишет, что «существование пробела признается только тогда, когда недостаток такой нормы права рассматривается правоприменительным органом как нежелательный с политико-правовой точки зрения; данный орган отказывается от логически возможного применения действующего права по указанному политико-правовому основанию, поскольку считает такое применение неправосудным или несправедливым». Кроме того, по его мнению, «наряду с настоящими, т. н. истинными пробелами выделяют также технические пробелы. Возможность таких пробелов признается даже теми, кто с позитивистских позиций отрицает существование настоящих пробелов; считается вполне допустимым заполнение этих пробелов с помощью толкования. Подобные пробелы должны иметься там, где законодатель оставляет неурегулированным нечто такое, что он должен был урегулировать, если в этой ситуации технически возможно было бы применить закон. Тем не менее то, что здесь обозначается как технический пробел, является либо пробелом в исходном смысле этого слова (т. е. различием между позитивным правом и желательным правом), либо неопределенностью, которая

²¹ Цительман Э. Указ. соч. С. 626.

связана с рамочным характером нормы. Пробелы первого рода возникают в том случае, когда, например, закон нормирует обязательственную силу договора купли-продажи, но при этом не определяет, кто будет нести риск случайной гибели в случае, если проданная вещь без вины сторон будет утрачена перед моментом передачи»²².

На беспробельности права («империи права») настаивал Р. Дворкин. По его мнению, для любого, даже самого сложного случая, юрист-Геркулес (идеальный судья) всегда может найти единственно верный ответ. Это связано с тем, что система права включает не только нормы позитивного права, но и принципы права. «Таким образом, в трудном случае судья опирается на принципы, включая свою собственную концепцию для наилучшей интерпретации системы политических институтов и решений сообщества. Он должен задаться вопросом: «Может ли мое решение быть частью наилучшей моральной теории, обосновывающей всю правовую и политическую систему»? На каждую правовую проблему есть только один верный ответ, долг судьи тот, чтобы его найти»²³.

Однако несмотря на громогласные заявления сторонников беспробельности права, в отраслевом законодательстве можно найти много примеров пробелов. Утверждение же о том, что пробелы в праве не существуют, или являются мнимыми²⁴, так как всегда можно обратиться

²² Кельзен Г. Чистое учение о праве. 2-е изд. / пер. с нем. М. В. Антонова и С. В. Лезова. СПб., 2015. С. 306, 309.

²³ Уакс Р. Философия права. Краткое введение / пер. с англ. С. А. Моисеева. М., 2020. С. 75.

²⁴ Кельзен Г. Чистое учение о праве. С. 305–310. По мысли Кельзена, — пишет М. В. Антонов, — любая жизненная ситуация, любой факт потенциально урегулированы правопорядком. Такое регулирование может быть позитивным (если есть норма, устанавливающая более или менее широкие рамки для квалификации таких фактов), либо негативным (если такой нормы нет). Судья, руководствуясь нормой, определяющей его компетенцию, может разрешить любое дело, независимо от урегулированности спорного отношения нормой материального права. С этой точки зрения Кельзен отвергает традиционную концепцию «пробелов в праве» — таких пробелов в действительности нет и быть не может, поскольку правовые нормы по определению не претендуют на регламентацию всех фактических обстоятельств. Могут быть случаи плохо написанных законов, могут встречаться неразумные нормы, могут иметь место новшества, которые не были изначально предусмотрены законодателем — все это

к принципам права («правилу замыкания»), не выдерживает критики. Это связано с тем, что беспробельность права покоится на опровергнутом ограничительными теоремами К. Геделя постулате полноты и логической непротиворечивости любой аксиоматической системы (множества), а также из невозможности полной формализации языка, на котором строится законодательство.

Так понимаемая неопределенность права свидетельствует об ограниченности возможностей его формализации. Стремление формализовать право витало в умах просветителей в «золотой век» кодификации законодательства. Одним из мифов современного юридического мышления («мифом позитивного права», по терминологии Н. Рулана) является вера в полноту и непротиворечивость законодательства (форм нормативности права). Идея кодификации как вершины формализации законодательства исходит из аксиомы полноты и завершенности системы права. «Кодификаторы, убежденные, что их «дитя» (без психоанализа здесь, пожалуй, не обойтись) является образцом совершенства, волей-неволей рассматривают результат своего творчества как нечто автономное и самодостаточное. Под таким углом зрения кодекс составляет полную и, следовательно, закрытую совокупность норм, исключаящую всякое обращение к нормам, находящимся вне кодекса. ... Даже если не принимать во внимание разного рода утопии идеи создания кодексов, охватывающих все право в целом, в любом кодексе в той или иной мере заложено стремление к тому, чтобы сделать его исчерпывающим в своей области. Например, составители Кодекса Хаммурапи, стараясь все предусмотреть, рассматривали самые невероятные и фактически неосуществимые ситуации, что выдает желание

может создавать проблемы для правоприменителей, но ни то, ни другое не должно обозначаться термином «пробел». Кельзен убежден, что в случаях, когда судья не находит подходящей нормы, он всегда может сослаться на принцип, а если нет и подходящего принципа, то судья может «применить правопорядок в целом», то есть решить дело через отсылку к некоему общему коллизионному правилу. В качестве типичного примера такой нормы Кельзен рассматривает правило «разрешено все, что не запрещено законом» (Антонов М. В. Чистое учение о праве против естественного права? // Кельзен Г. Чистое учение о праве, справедливость и естественное право / пер. с нем., англ., фр.; сост. и вступ. ст. М. В. Антонова. СПб., 2015. С. 52–53.

сконструировать максимально полный, насколько это возможно, закон. Такое намерение еще более явно прослеживается в Прусском общеземском уложении (ALR) 1794 г., чьи разработчики пытались описать приблизительно в 19 000 статей все гражданское право. Метод «абстрактной казуистики», характеризующий немало кодификаций, в частности, в германской традиции прекрасно отражает волю их создателей урегулировать посредством абстрактных положений все потенциальные случаи, которые могут встретиться в жизни, дабы ограничить право судей на слишком широкое усмотрение. Аналогичным образом, когда составители французского Гражданского кодекса, весьма, надо признать, сдержанно относившиеся к роли судебной практики, включили в Кодекс ст. 4, гласящую, что судья не вправе отказать в правосудии под предлогом молчания, неясности или неполноты закона, они просто-напросто исходили из того, что Кодекс представляет собой полную систему, достаточную для того, чтобы охватить весь набор возможных ситуаций, с которыми сталкиваются магистраты»²⁵.

Невозможность полной и непротиворечивой кодификации законодательства связана с тем, что не существует формальных систем, которые были бы одновременно полными (завершенными) и непротиворечивыми. Этот постулат первой ограничительной теоремы К. Геделя нельзя не принимать во внимание при анализе возможностей конструирования законодательства²⁶. Поэтому следует согласиться с авторами фундаментального исследования нормативных систем К. Альчурроном и Е. Булыгиным, которые писали: «Так называемый постулат герметической (или необходимой) полноты права — а он представляет собой

²⁵ Кабрияк Р. Кодификации. М., 2007. С. 167–169.

²⁶ Первая теорема Геделя о неполноте показала, — пишет Я. Хинтикка, — что «любая аксиоматизация элементарной арифметики неполна, так как в ней всегда найдется такое предложение G, что ни его утверждение, ни его отрицание не будут доказуемы в рамках данной системы аксиом» (Хинтикка Я. О Геделе. М., 2014. С. 60). То, что «Геделевская теорема о полноте обычной первопорядковой логики не может быть распространена на ... более сильные логики», не отменяет общего вывода: «Этот результат вполне заслуженно считается одним из наиболее важных и вызывающих открытий в науке XX века, сравнимых с теорией относительности Эйнштейна и принципом неопределенности Гейзенберга» (Там же. С. 67, 11).

юридическую версию того же самого логического постулата — необоснован в утверждении о том, что любая правовая система является полной... Из того, что правовые системы являются гипотетическими, следует, что ни одна правовая система не может быть абсолютно замкнутой ... О полноте как свойстве нормативной системы можно говорить только применительно к контексту множества обстоятельств или случаев и множеству деонтически квалифицированных действий ... Поэтому нормативная полнота — не более, чем идеал, к которому нормативные системы должны стремиться, идеальное правило»²⁷.

Проблема определенности с точки зрения ограничений формализации законодательства состоит также в том, что любое определение (а нормативный материал не может обходиться без дефиниций) также не может быть полным и исчерпывающим: оно неизбежно приводит либо к регрессии в бесконечность, либо к тавтологии, либо к прерыванию дефинирования. Уже И. Бентам признал, что общий (классический) метод определения юридических терминов несостоятелен. «Среди подобных абстрактных терминов мы вскоре приходим к таким, для которых отсутствует более общая родовая категория. Определение *rem genus et diffentiam* в случае его применения к указанным терминам не может обеспечить никакого продвижения вперед ... Его также недостаточно для того, чтобы определить предлог или союз ... «через» — это ... «потому что» — это ... и так далее»²⁸.

Следующая проблема определенности как формализуемость законодательства связана с отсутствием логической выводимости (как дедуктивной, так и индуктивной) одних элементов из других²⁹. Так,

²⁷ Альчуррон К. Э., Булыгин Е. В. Нормативные системы // Российский ежегодник теории права. 2010. № 3. С. 314, 424 и др.

²⁸ Bentham. A Fragment on Government. Ch. V. Note 6. Цит. по: Касаткин С. Н. Как определять социальные понятия? Концепция аскриптивизма и отменяемости юридического языка Герберта Харта: монография. Самара, 2014. С. 382–383.

²⁹ Системный подход постулирует зависимость элементов от системы, но отрицает их логическую выводимость: из гештальта невозможно вывести «фактические детали его составных частей. Они не даны без гештальта, но логически не следуют из него. Они должны устанавливаться» (Агасси Э. Научная объективность и ее контексты. М., 2017. С. 630).

из одного принципа права можно сделать и делаются разные, значительно отличающиеся выводы законодательного плана. Например, из принципа разделения властей следует четыре разных формы правления — организации высших органов государственной власти, основанной на данном принципе (президентская республика, парламентская, смешанная и конституционная монархия). Из принципа независимости суда вытекает несколько вариантов организации судостройства. Одновременно невозможно обосновать логическую однозначность связи принципа права с его законодательной конкретизацией и практическим воплощением на уровне правоприменения (реализации права). То же самое касается «сводимости» прав человека к конкретной системе его реализации: право на образование или медицинское обслуживание может быть реализовано в разных вариантах. Более того, между принципами права всегда существует конкуренция, которая не имеет универсальных рациональных оснований разрешения: невозможно разрешить все случаи коллизии права наций на самоопределение и территориальной целостности государства; права на информацию или свободу передвижения и безопасность и т. д.

Как уже отмечалось выше, проблема формализуемости права связана с имманентной естественному языку относительной противоречивостью, непоследовательностью, метафоричностью, многозначностью. Язык — это открытая система, создаваемая человеком и отражающая его антропологическую специфику...»³⁰. «Сколько бы мы ни говорили о языке как социальном факте, — пишет известный лингвист Б. М. Гаспаров, — об общих кодах, структурных правилах и конвенциях языкового поведения, разделяемых всеми «носителями» языка или теми или иными их подгруппами, в конце этой цепочки всегда оказываются действия личностей, которым каким-то образом удается претворить свой неповторимый опыт в нечто, способное быть воспринятым

³⁰ Глебкин В. В. Смена парадигм в лингвистической семантике: от изоляционизма к социокультурным моделям. М.; СПб., 2014. С. 57.

другими людьми и сделаться частью их столь же неповторимого опыта»³¹. Анализ правовых понятий, справедливо утверждал Г. Харт, исходя из идей «позднего» Л. Витгенштейна, «невозможен без учета условий их употребления. Анализируя основания юридического языка, Харт пришел к выводу, что правовые понятия имеют, по меньшей мере, две характерные особенности, а именно, неопределенность (*vagueness*) и отменяемость (*defeasibility*). Несмотря на то, что эти свойства можно обнаружить и у неправовых понятий, для Харта они являются неотъемлемыми существенными элементами *именно* правовых понятий; правовые понятия приобретают эти свойства в результате своей реализации (конкретной юридической процедуры), которые, становясь имплицитными характеристиками, и позволяют, в конечном счете, отличить правовые понятия от неправовых.

Харт утверждает, что у правовых понятий есть не только некоторая неопределенность значения, но иногда, в некоторых случаях их употребления, невозможно даже установить их значение. Правовым понятиям присуще «ядро (*core*)» и «полутень» (*penumbra*) значения, то есть набор как очевидных, центральных, так и неясных, пограничных, маргинальных случаев употребления. Решение относительно того, применяется ли правило к конкретной ситуации, зачастую ведет к определению области значения общего термина»³².

Однако проблема определенности права значительно шире, нежели формализуемость законодательства. Социальная неопределенность, о которой речь шла выше, проблематизирует категоризацию, классификацию и квалификацию социальной (и правовой) реальности. Сегодня приходится констатировать, что в ситуации «постмодернити» невозможно дать однозначную оценку, в том числе, юридическую, сложного социального явления или процесса, так как такая оценка всегда релятивна — зависит от позиции «наблюдателя». Так, например, действия,

³¹ Гаспаров Б. М. Язык, память, образ. Лингвистика языкового существования. М., 1996. С. 19.

³² Оглезнев В. В. Г. Л. А. Харт и формирование аналитической философии права. Томск, 2012. С. 119.

направленные на защиту государственного суверенитета в многонациональном государстве другой стороной (с позиции другого «наблюдателя») могут быть квалифицированы как нарушение права нации на самоопределение; «гуманитарная интервенция» при массовом нарушении прав человека другими может быть признана как вторжение во внутренние дела государства, то есть, попрание государственного суверенитета и т. п. «Трудной» для квалификации, по мнению А. Барака, «является, например, проблема признания неприкосновенности частной жизни фундаментальным принципом демократии. Трудность возникает, если принципы свободы политического высказывания, выборов, демонстраций или свобода печати вступают в противоречие со свободой движения (по вопросу о демонстрациях), или с индивидуальным правом на защиту чести и достоинства (по вопросу о диффамации), или с правом на справедливый суд (по вопросу о правилах, устанавливаемых судьей)»³³. Такого рода оценки вытекают из политических, идеологических, ценностных предпочтений субъекта оценивания и не имеет объективных, универсальных, рациональных оснований. Неустрашимость субъективности позиции наблюдателя, вытекающая из принципа дополнительности, не дает возможность описать и объяснить (квалифицировать) такого рода ситуации одним «единственно правильным» способом.

Еще одной проблемой неопределенности права, понимаемого как многогранное социальное явление, в обязательном порядке включающее воспроизводимость правил поведения в юридически значимых практиках, является неформализуемость человеческого поведения. Право в действии (реализация права) существует через «прочтение» знака (формы внешнего проявления права) и стимулируют (а через механизм интериоризации и мотивируют) поведение человека. Другими словами, формальная определенность права существует только вместе с ее интерпретацией людьми и образует текстуальность в постструктуралистском смысле. Одновременно приходится констатировать,

³³ Барак А. Указ. соч. С. 261–262.

что нет исчерпывающе полного механизма реализации норм права в связи с проблемой «следования правилу». Действие права — это всегда практики людей, «нагруженные» мотивацией. А мотивация всегда является принципиально вероятностной и не может быть калькулируема внешним наблюдателем. Право реализуется через толкование, а интерпретация права включает личностное измерение права, которое противится любой формализации.

Все вышеизложенное дает основание заключить, что право не обладает полной, непротиворечивой, когерентной определенностью. Скорее следует вести речь об относительной и ограниченной неопределенности права. Поэтому следует согласиться с мнением Г. Харта: «Какой бы механизм, прецедент или законодательство ни выбрать для сообщения образцов поведения, они, как бы гладко ни работали среди огромной массы обычных случаев, окажутся в некоторый момент, когда их применение будет под вопросом, неопределенными: они будут обладать тем, что терминологически выражается как *открытая структура*»³⁴.

Литература

1. Агасси Э. Научная объективность и ее контексты. М., 2017.
2. Алексн Р. Понятие и действительность права (ответ юридическому позитивизму). М., 2011.
3. Альчуррон К. Э., Булыгин Е. В. Нормативные системы // Российский ежегодник теории права. 2010. № 3.
4. Барак А. Судейское усмотрение / пер. с англ. М., 1999.
5. Бауман З. Индивидуализированное общество / пер. с англ. под ред. В. Л. Иноземцева. М., 2002.
6. Бауман З. Текущая современность / пер. с англ. под ред. Ю. В. Асочакова. СПб., 2008.
7. Власенко Н. А. Разумность и определенность в правовом регулировании. М., 2014.

³⁴ Харт Г. Понятие права. СПб., 2007. С. 130. Р. Алексн называет это «зоной неопределенности» позитивного права, которая в той или иной степени присутствует в каждой правовой системе. Случай юридической практики, попадающий в «зону неопределенности» позитивного права, можно назвать «сложным случаем или сложным судебным делом»» (Алексн Р. Понятие и действительность права (ответ юридическому позитивизму). М., 2011. С. 87).

8. Гаспаров Б. М. Язык, память, образ. Лингвистика языкового существования. М., 1996.
9. Гидденс Э. Последствия современности / пер. с англ. Г. К. Ольховикова; науч. ред., авт. вступ. ст. Т. А. Дмитриев. М., 2011.
10. Глебкин В. В. Смена парадигм в лингвистической семантике: от изоляционизма к социокультурным моделям. М.; СПб., 2014.
11. Дзоло Д. Демократия и сложность: реалистический подход / пер. с англ. М., 2010.
12. Кабрияк Р. Кодификации. М., 2007.
13. Касаткин С. Н. Как определять социальные понятия? Концепция аскриптивизма и отменяемости юридического языка Герберта Харта: монография. Самара, 2014.
14. Кельзен Г. Чистое учение о праве. 2-е изд. / пер. с нем. М. В. Антонова и С. В. Лезова. СПб., 2015.
15. Неопределенность как вызов. Медиа. Антропология. Эстетика: коллективная монография / под ред. Кристофа Вульфа и Валерия Савчука. СПб., 2013.
16. Оглезнев В. В. Г.Л.А. Харт и формирование аналитической философии права. Томск, 2012.
17. Уакс Р. Философия права. Краткое введение / пер. с англ. С. А. Моисеева. М., 2020.
18. Харт Г. Понятие права. СПб., 2007.
19. Цительман Э. Пробелы в праве (Речь, произнесенная при вступлении в должность ректора рейнского университета им. Фридриха Вильгельма в Бонне 18 октября 1902 г.) // Российский ежегодник теории права. 2010. № 3.
20. Щепельков В. Ф. Уголовный закон: преодоление противоречия и неполноты М., 2003.

Пробельность в праве в контексте принципа правовой определенности

Философ-логик Куайн утверждал, что «существует множество логически безупречных истолкований и теорий, которые опираются на одни и те же данные. Иными словами, если объяснение не бессмысленно, оно еще не обязательно верно»¹. Понимание пробельности в праве необходимо увязывать прежде всего с существованием двух эпистемологических традиций. Первая эпистемологическая традиция в качестве исходного принципа провозглашает определенность; вторая — неопределенность, и эту традицию в силу ее скептического характера номинируют релятивистской².

Здесь же будет рассмотрена первая эпистемологическая традиция. Ее исходным принципом выступает определенность. Истоки этой традиции можно усмотреть в творчестве Платона, Аристотеля и др. Определенность в аутентическом ее понимании выводилась из логически непротиворечивых суждений. Логическая непротиворечивость, вера в абсолютную истину вселяла в ученых надежду, осмыслить и описать социальную действительность, в том числе, и право в терминах определенности, исключаящей неопределенность, пробельность. Кант,

¹ Талейб Н. Н. Черный лебедь. Под знаком непредсказуемости. 2-е изд., доп. / пер. с англ. М., 2020. С. 13.

² Несмотря на различия в понимании проблемы определенности классические правовые доктрины были в большей степени солидарны в том, что «определенность» необходима в качестве исходного принципа познания правовой действительности, в отличие от релятивистских постклассических теорий, взявших диаметрально противоположный принцип в качестве методологического основания, а именно «неопределенность» (подробнее об этом см.: Луковская Д. И., Ломакина И. Б. Проблема определенности правопознания (в контексте эволюции юснатурализма) // Вестник Санкт-Петербургского университета МВД России. 2020. № 3 (87); Ломакина И. Б. Неопределенность и определенность в постижении правовой реальности // Криминалист. 2021. № 3).

Фихте, Маркс, Гуссерль, представители аналитической юриспруденции дополняют и развивают этот подход новыми идеями и теоретическими конструкциями. Апеллируя в большей степени к определенности, хотя многие из них видели диалектику определенности и неопределенности в познаваемых явлениях социальной действительности, все же в рамках этого подхода базовыми категориями выступали концепты абсолютности, объективности, логической причинности (детерминанты развития). «Правовая жизнь также увязывалась с определенной логикой развития как на уровне системы права, так и на уровне правового регулирования (в широком смысле). Определенность как принцип познания и понимания накладывался на социальную действительность, и эта действительность становилась упорядоченной и предсказуемой»³.

Первые кодификаторы, борющиеся за определенность в праве, пытались систематизировать право, прибегнув к «абстрактной казуистике» и с ее помощью устранив противоречия, создавая таким образом абстрактные универсалии.

Весьма примечателен спор между Савиньи из Берлина и Тибо из Гейдельберга. Предметом спора была проблема, связанная с приданием праву определенности посредством формализации и систематизации существующих норм. Спор между Савиньи и Тибо получил в историографии название кодификационного. Победу одержал профессор из Гейдельберга, результатом явился контроль за чрезмерным широким судебным усмотрением. Судьи как вершители права были поставлены в положение, в котором судебское усмотрение сводилось до некоторой интерпретационной деятельности. Само же право облачалось в форму абстрактного закона и утрачивало казуистическую, контекстуальную основу своего существования. Отсутствие «привязки к местности» привело к формальной определенности новых объективированных уже законом норм, а их унифицированность актуализировала такое их качество, как всеобщность и общеобязательность. Требование же законности как императивного веления законодателя лишь усугубило

³ Луковская Д. И., Ломакина И. Б. Указ. соч. С. 28.

положение и актуализировало проблему существования проблемности в праве, потому что сведение права к логически непротиворечивой системе порождало лакуны, ниши, люфты, в которых право молчало.

В контексте кодификационного спора между Тибо и Савиньи весьма примечателен один момент, о котором стоит упомянуть. Савиньи, выступая против формализации права, вывел проблему понимания определенности права на качественно новый уровень. Во многом благодаря его усилиям были заложены основы нового осмысления права, а именно его догмы. Позже в «юриспруденции понятий», предполагающей только один правильный ответ, полученный путем толкования или логического развития юридических понятий, актуализированный Савиньи метод получил свое дальнейшее развитие. Савиньи акцентировал внимание на интерпретационной составляющей догмы права, переводя право в плоскость правоприменительной практики и интерпретационной деятельности судейского корпуса, призванного устранять «молчание права в том месте, в котором оно должно говорить».

«Юриспруденция понятий», несмотря на то, что уходила своими корнями в историческую школу права, все же дальнейшее свое развитие получила в русле иного направления, а именно позитивизма (этатизма) и нормативизма. По этой причине «юридический формализм» нередко ассоциировался со всей позитивистской исследовательской программой. Поэтому этатизм как тип правопонимания правовую определенность увязывал именно с формальной стороной права, то есть с его догматикой. Однако даже Г. Кельзен, будучи последовательным нормативистом, в своем учении о чистом праве писал, что нормы права не могут всегда быть четко определенными. «Неопределенность правовой нормы может проистекать из сознательного применения соответствующей законодательной техники, но может и быть последствием других обстоятельств:

1. Лингвистическая неясность слова или фразы, выражающей норму;
2. Предполагаемое правоприменителем различие между волей издавшего норму и ее лингвистическим выражением;

3. При наличии противоречия между двумя нормами одного уровня»⁴.

Итогом приведенных Кельзенем суждений выступает идея о том, что «правовой акт, имплементирующий вышестоящую правовую норму, может соответствовать одному из нескольких возможных прочтений нормы, или открытой правоприменителем воле лица, издавшего норму, или одной из конфликтующих норм. Если под интерпретацией понимается открытие смысла имплементируемой нормы, то ее результатом может быть только открытие указанной рамки, перечисление возможных вариантов»⁵.

Таким образом, с представленных позиций пробельность права, проявляющаяся на системном уровне, может устраняться с помощью правильной, логической интерпретации. И. С. Дикарев, возлагая надежды на принцип правовой определенности, полагал, что правовая определенность это:

- 1) стабильность правового регулирования;
- 2) граждане должны быть осведомлены по поводу действующих нормативных актов, а также правоприменительных решений, которые затрагивают в той или иной мере их права и законные интересы;
- 3) правовые нормы, правоприменительные решения должны характеризоваться ясностью, согласованностью и недвусмысленностью;
- 4) применение закона должно быть единообразным, в том числе обеспечение единства судебной практики;
- 5) правоприменительные решения должны характеризоваться стабильностью;

⁴ Чистое учение о праве Ганса Кельзена. К XIII конгрессу Международной ассоциации правовой и социальной философии (Токио, 1987): Сборник переводов. Вып. 1 / отв. ред.: Кудрявцев В. Н., Разумович Н. Н.; Пер.: Лезов С. В., Пивоваров Ю. С. М., 1987. С. 129.

⁵ Тимошина Е.В., Краевский А. А., Салмин Д. Н. Методология судебного толкования: инструменты взвешивания в ситуации конкуренции прав человека // Вестник Санкт-Петербургского университета. 2015. Сер 14. Вып. 3. С. 6.

б) исполнимость судебных решений⁶.

Принцип правовой определенности, направленный на гармонизацию отношений в правовой жизни, по мнению Н. В. Самсонова, ни в коем случае не исчерпывается требованием об определенности правовой нормы, а имеет более широкое, многомерное содержание⁷. Таким образом, определенность выступает как важнейший принцип права. Принцип определенности лежит и в основе понимания права и является фактором устранения пробельности права на всех уровнях его существования. Как полагает Н. А. Власенко, этот принцип образует «великое начало, рождающее, сопровождающее и совершенствующее право и его механизм в обществе... Право вообще есть процесс придания человеческой жизни целенаправленности и определенности»⁸.

Характерной особенностью классических концепций понимания права выступает стремление к определенности. Так, например, юснатурализм видел в определенности содержание и границы правовых должностований, в которых не должно было существовать пробельности. Лон Льюс Фуллер, развивая идеи юснатурализма, сформулировал восемь так называемых «желанных», а вернее желательных вещей *desiderata*, которые, по его мнению, «составляют основу правовой определенности, исключающих пробельность в праве. К ним относятся всеобщность закона, его обнародование, запрет ретроактивности, ясность, непротиворечивость, осуществимость, стабильность, а также согласованность официальных действий с нормами обнародованных законов»⁹.

⁶ Дикарев И. С. Принцип правовой определенности и законная сила судебного решения в уголовном процессе: монография / И. С. Дикарев; Федер. гос. авт. образоват. учреждение высш. проф. образования «Волгогр. гос. ун-т». Волгоград, 2015. С. 12.

⁷ Самсонов Н. В. Действие принципов правовой определенности и *res judicata* в гражданском процессе (в свете Постановления Конституционного Суда Российской Федерации от 17 октября 2017 г. № 24-П) // Арбитражный и гражданский процесс. 2018. № 3. С. 6.

⁸ Власенко Н. А. Разумность и определенность в правовом регулировании: монография. М., 2014. С. 11, 12.

⁹ Фуллер Л. Л. Мораль права / пер. с англ. Т. Даниловой. М., 2007. С. 61–112.

Принцип определенности как фундаментальный принцип правовой жизни в свое время был положен и в основу международно-правовой коммуникации. Так, рассматривая реализацию принципа правовой определенности, обычно апеллируют к правоприменительной и интерпретационной практике ЕСПЧ в вопросах единообразного толкования ряда формулировок. В этой связи Европейский суд по правам человека вне всяких сомнений для него самого выражает уверенность в том, что «судебные решения, вступившие в законную силу, следуя принципу правовой определенности, в принципе должны оставаться неизменными. Изменять их можно лишь для исправления фундаментальных ошибок. Основанием для пересмотра вынесенного решения не может служить существование двух позиций и мнений относительно одного и того же предмета»¹⁰.

В таком ракурсе принцип правовой определенности претендует на универсализм, являя собой ценность наряду с фундаментальными правовыми началами, такими как принцип верховенства права. Нет оснований подвергать сомнению значимость принципа правовой определенности. Правовая определенность носит многоаспектный характер, она является особым социально-юридическим феноменом и принадлежит к сложным явлениям юридической действительности; правовая определенность предполагает необходимость обеспечения со стороны государства стабильности правового регулирования, соответствия норм права заданным критериям и единообразного толкования и понимания норм права правоприменителем.

Возвращаясь к эпистемологической традиции понимания принципа правовой определенности в классическом варианте, еще раз акцентируем внимание на том, что все эти теории как впрочем и доктрины, в той или иной степени претендовали и претендуют на определенность, на достоверность полученных результатов и истинность провозглашенных в них постулатов. Неопределенность и случайность

¹⁰ Постановление Европейского суда по правам человека от 11 июня 2015 г. «Дело «Коберник (Kobernik) против Российской Федерации» (жалоба № 30711/03) // Российская хроника Европейского суда. 2016. № 1.

при таком развороте проблемы не берутся во внимание, так как либо они спекулятивно встраиваются в заранее заданные границы, либо интерпретируются как проблемность, которую можно преодолеть путем создания всеобъемлющего, совершенного с точки зрения юридической техники, единого Кодекса. В ряде случаев, и современными учеными этот принцип признается как универсальный¹¹.

Правовая определенность понимается также в качестве принципа правовой системы ввиду того, что он применим и в правотворческой сфере, и в правореализационной сфере, в сфере толкования норм права и нормативных правовых актов, в правоприменительной деятельности, а также во всех видах юридической практики. По мнению Н. С. Бондаря «принцип правовой определенности стоит рассматривать в двух смыслах, а именно в узком и широком. В узком значении данный принцип является одним из критериев оценки качества правовых норм. В широком значении данный принцип является важным показателем стабильности различных индивидуальных правовых актов, в том числе и решений суда»¹².

Современные типы правопонимания (неклассические), в том числе неопозитивизм и обновленный юснатурализм, иначе подходят к существованию проблемности в праве. Не апеллируя так уж жестко к принципу определенности, они отчасти допускают в своих построениях и принцип неопределенности. Так, например, Г. Харт, используя инструментарий аналитической философии, отдает предпочтение такому перспективному направлению философской мысли как философии обыденного языка¹³. Он вполне убедительно доказал, что у пра-

¹¹ Белов С. А. Защита правовой определенности как конституционной ценности в практике Верховного Суда США и Конституционного Суда РФ // Современные проблемы конституционного и муниципального строительства: опыт России и зарубежных стран: Материалы Международной научной конференции, проведенной 10–13 марта 2010 г. Юридическим факультетом МГУ им. М. В. Ломоносова / отв. ред. С. А. Авакьян. М., 2010. С. 376.

¹² Бондарь Н. С. Правовая определенность — универсальный принцип конституционного нормоконтроля // Конституционное и муниципальное право. 2011. № 10. С. 4.

¹³ Цит. по: Честнов И. Л. Антропологическая программа правоприменения // Труды Института государства и права РАН. 2016. № 4. С. 88.

новых понятий есть не только некоторая неопределенность значения, но иногда неопределенность вытекает из их употребления, что в свою очередь затрудняет установить правильное значение. Он утверждает, что правовым понятиям присуще «ядро (*core*)» и «полутень (*penumbra*)» значения, т. е. набор как очевидных, центральных, так и неясных, пограничных, маргинальных случаев употребления¹⁴. Харт утверждает, что «какой бы механизм, прецедент или законодательство ни выбрать для сообщения образцов поведения, они, как бы гладко ни работали среди огромной массы обычных случаев, окажутся в некоторый момент, когда их применение будет под вопросом, неопределенными: они будут обладать тем, что терминологически выражается как *открытая структура* (*open texture*)»¹⁵. Таким образом, в практической юриспруденции описание всегда включает аскрипцию (по терминологии Г. Харта) — приписывание свойств «юридического» (юридическое значение) на основе должного — интерпретации закона¹⁶.

Понимая право как единство первичных и вторичных правил, Харт утверждает, что «совершать действия, которые не только приводят к физическим движениям или изменениям, но и к созданию или модификации обязанностей или обязательств»¹⁷. Правовую систему, полагает Харт, конституирует правило признания и именно из него, т. е. из этого правила признания, проистекают различные нормы, в совокупности образуя плеяду права. Генетическое восхождение к этому правилу делает право цельным образованием, в котором каждый элемент непротиворечиво включается в данную систему.

Анализируя творчество Харта, А. А. Краевский вполне убедительно доказывает, что Г. Харт в своих теоретических построениях осуществил смешение факта и нормы, действительности и действенности права. Поэтому правило признания Харта «рассматривается им как критерий,

¹⁴ Там же.

¹⁵ Там же.

¹⁶ Касаткин С. Н. Как определять социальные понятия? Концепция аскриптивизма и отменяемости юридического языка Герберта Харта. Самара, 2014. С. 343–369.

¹⁷ Харт Г. Понятие права / пер. с англ.; под общ. ред. Е. В. Афонасина и С. В. Моисеева. СПб., 2007. С. 92–93, 111–116 и др.

которым руководствуются судьи и иные органы власти, или как социальный факт, что само по себе содержит противоречие, так как правило признания должно выступать либо как основная норма, либо должно быть представлено как факт»¹⁸. А это значит, что определенность уступает место неопределенности. Хотя сам Харт и утверждает, что правило признания — это и есть определенность, выступающая как факт, из которого проистекают правила поведения. Однако непонятно, что в таком случае понимать под фактом? Очевидно, что утверждение о существовании правила признания предполагает не только то, что некоторые факты в прошлом имели место, но и то, что некоторые факты произойдут в будущем¹⁹, а это предполагает различную интерпретацию в дальнейшем.

А. А. Краевский, исследуя творческое наследие Кельзена и Харта, совершенно верно подметил, «что правило признания является скорее постановкой вопроса, а не решением проблемы тождественности правовой системы, так же как понятие доказательства теоремы Пифагора не является самим доказательством теоремы. Ссылка на то, что содержание правила признания всегда различно, означает отказ от поиска правила признания в общем виде. Оно не может быть каким-либо образом выведено из иных норм, и по сути является скорее констатацией определенного поведения судов и иных органов, принимающих властные решения»²⁰. В данном утверждении опять усматривается отход от классических постулатов позитивизма (нормативизма) и весьма ощутимо чувствуется крен в сторону признания неопределенности права и его априорной проблемности.

Небезынтересны идеи аргентинских теоретиков права К. Альчурона и Е. Бульгина, будучи неопозитивистами, они не без основания заявляют, что «так называемый постулат герметической (или необходимой) полноты права, а он представляет собой юридическую версию

¹⁸ См., напр. Краевский А. А. Чистое учение о праве Ганса Кельзена и современный юридический позитивизм. Дис. ... канд. юрид. наук. СПб., 2014. С. 92–94.

¹⁹ Краевский А. А. Чистое учение о праве и современный юридический позитивизм // Правоведение. 2015. № 2. С. 81.

²⁰ Краевский А. А. Указ. соч. С. 94–96.

того же самого логического постулата, — необоснован в утверждении о том, что любая правовая система является полной»²¹. Поэтому одна из задач, которую по мнению авторов позволяет решить их теория, выявлять пробелы в праве, которые проистекают из нормативной неполноты правовой системы. Отсюда абсолютная определенность выступает скорее как идеал, к которому нормативные системы должны стремиться²². Таким образом, определенность и неопределенность — это два принципа существования права, которые находятся в диалектической связи. С одной стороны, неопределенность порождает пробельность в праве, а определенность — устраняет ее с помощью различных правовых способов и средств; с другой стороны, неопределенность дает праву импульс к развитию. Вторая эпистемологическая традиция (релятивистская) может быть более адекватной стратегией понимания пробельности в праве с точки зрения диалектики определенности и неопределенности как принципов существования правового феномена в жизни любого общества.

Литература

1. Альчуррон К. Э., Булыгин Е. В. Нормативные системы // Российский ежегодник теории права. 2010. Вып. 3.
2. Белов С. А. Защита правовой определенности как конституционной ценности в практике Верховного Суда США и Конституционного Суда РФ // Современные проблемы конституционного и муниципального строительства: опыт России и зарубежных стран: Материалы Международной научной конференции, проведенной 10–13 марта 2010 г. Юридическим факультетом МГУ им. М. В. Ломоносова / отв. ред. С. А. Авакьян. М., 2010.
3. Бондарь Н. С. Правовая определенность — универсальный принцип конституционного нормоконтроля // Конституционное и муниципальное право. 2011. № 10.
4. Власенко Н. А. Разумность и определенность в правовом регулировании: монография. М., 2014.
5. Дикарев И. С. Принцип правовой определенности и законная сила судебного решения в уголовном процессе: монография / И. С. Дикарев; Федер. гос. авт. образоват. учреждение высш. проф. образования «Волгогр. гос. ун-т». Волгоград, 2015.

²¹ Альчуррон К. Э., Булыгин Е. В. Нормативные системы // Российский ежегодник теории права. 2010. Вып. 3. С. 314.

²² Там же.

6. Краевский А. А. Чистое учение о праве Ганса Кельзена и современный юридический позитивизм. Дис. ... канд. юрид. наук. СПб., 2014.
7. Краевский А. А. Чистое учение о праве и современный юридический позитивизм // Правоведение. 2015. № 2.
8. Ломакина И. Б. Неопределенность и определенность в постижении правовой реальности // Криминалист. 2021. № 3.
9. Ломакина И. Б. Неопределенность как проявление релятивности права // Релятивизм в праве: коллективная монография / под ред. И. И. Осветимской, Е. Н. Тонкова. СПб., 2021.
10. Луковская Д. И., Ломакина И. Б. Проблема определенности правопознания (в контексте эволюции юснатурализма) // Вестник Санкт-Петербургского университета МВД России. 2020. № 3.
11. Самсонов Н. В. Действие принципов правовой определенности и *res judicata* в гражданском процессе (в свете Постановления Конституционного Суда Российской Федерации от 17 октября 2017 г. № 24-П) // Арбитражный и гражданский процесс. 2018. № 3.
12. Талев Н. Н. Черный лебедь. Под знаком непредсказуемости. 2-е изд., доп. / пер. с англ. М., 2020.
13. Тимошина Е. В., Краевский А. А., Салмин Д. Н. Методология судебного толкования: инструменты взвешивания в ситуации конкуренции прав человека // Вестник Санкт-Петербургского университета. 2015. Сер. 14. Вып. 3.
14. Фуллер Л. Л. Мораль права / пер. с англ. Т. Даниловой. М., 2007.
15. Харт Г. Понятие права / пер. с англ.; под общ. ред. Е. В. Афонасина и С. В. Моисеева. СПб., 2007.
16. Касаткин С. Н. Как определять социальные понятия? Концепция аскриптивизма и отменяемости юридического языка Герберта Харта. Самара, 2014.
17. Честнов И. Л. Антропологическая программа правоприменения // Труды Института государства и права РАН. 2016. № 4.
18. Чистое учение о праве Ганса Кельзена. К XIII конгрессу Международной ассоциации правовой и социальной философии (Токио, 1987): Сборник переводов. Вып. 1 / отв. ред.: Кудрявцев В. Н., Разумович Н. Н.; пер.: Лезов С. В., Пивоваров Ю. С. М., 1987.